

Víctima, idealismo y neopunitivismo en el Derecho Penal internacional

Recibido 29/08/2013 - Aprobado 11/09/2013

JEAN PIERRE MATUS ACUÑA*

Resumen

En el presente trabajo se busca explicar la forma en que los derechos de las víctimas han ocasionado un neopunitivismo, haciendo énfasis en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y ofrecer razones por las cuales se entiende que dicha tendencia representa una revalidación del retribucionismo penal, y una pérdida de las garantías penales propias de un Estado de Derecho.

Palabras Clave

Neopunitivismo, víctimas, idealismo alemán, Derecho Penal Internacional.

Abstract

This paper intends to explain the way in which the rights of the victims have caused neopunitivism, emphasizing in the Inter-American Court of Human Rights, and also, give reasons for which it is understood that this trend represents a revalidation of the criminal retributivism, and a loss of criminal law guarantees that are proper of a state based on the rule of law.

Keyword

Neopunitivism, victims, german idealism, International Criminal Law.

* Profesor titular de Derecho Penal de las Universidades de Chile y Finis Terrae.
Contacto: jean.matus@gmail.com

¿Cómo se puede explicar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya llegado a la convicción de que existiría un *derecho de la víctima al castigo de los culpables de las graves violaciones a los Derechos humanos y un deber correlativo del Estado a perseguir y sancionar a los culpables*, no consagrado en la literalidad de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero cuya fuerza, sumada a las *exigencias de la justicia* permitiría pasar por alto, mediante el mecanismo de la “ponderación”, derechos literal y explícitamente garantizados a *todo* justiciable como el principio de legalidad (incluyendo la prohibición de la retroactividad, Art. 9), el derecho a un juicio en un plazo razonable (Art. 8.1.) y hasta la prohibición del doble enjuiciamiento (Art. 8.4), como critica Exequiel Malarino¹?

¿Qué significa que los perseguidos de ayer se alcen implacables contra sus perseguidores, celebrando llevar gente a prisión cuando antes ello era visto como opresión estatal, según denuncia Daniel Pastor²?

¿Qué artilugio retórico permite decir que donde el Art. 6.5. del Protocolo II de las Convenciones de Ginebra, específicamente referido a los conflictos no internacionales, sugiere explícitamente, al término del conflicto armado, dictar la más amplia amnistía –tal como se hizo con muchos criminales nazis al término de la ocupación americana de Alemania–, se dice que tales crímenes no pueden ser amnistiados, *en ningún caso*, como se afirma sin más por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³?

Según explica en un trabajo no publicado todavía Raúl Carnevali, ello parece deberse a una fusión y confusión de las ideas de *justicia* y *castigo*, donde se olvidaría que también la *paz social*, representada por el *perdón* y la *reparación*, no sólo individuales, sino también sociales, pueden ser vistos como *formas de justicia social*⁴.

1 EXEQUIEL MALARINO, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 25 a 62, especialmente, pp. 45 a 48, donde denomina a este fenómeno como una tendecia hacia la “punitivización” de la Corte.

2 DANIEL PASTOR, “El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional”, en Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez: *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Ed. Edisofer/B. de F., Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2006, t. 2, págs. 475-522.

3 JEAN PIERRE MATUS, “Informe sobre la ejecución de la sentencia en el caso Almonacid presentado a la Cámara de Diputados”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 12 N° 2 (2006), pp. 385 - 396, donde se distingue entre los casos en que la amnistía es admisible, al término de las hostilidades y aquellos en que no se admite por constituir, básicamente, autoamnistías, distinción que no hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4 RAÚL CARNEVALI, “La víctima en el Derecho penal internacional”, texto leído en el Seminario Internacional organizado por el Centro de Estudios de Derecho penal de la Universidad de Talca en su Campus Santiago, el día 13 de junio de 2013.

Aunque comparto la propuesta de Carnevali que aquí se comenta, me temo que ella se encamina hacia un callejón sin salida, pues supone atribuirle a la expresión *justicia* un sentido en principio comprensible para quienes vemos en la actividad estatal (y supraestatal) un ejercicio de soberanía y poder de alguna manera orientado hacia el propósito de lograr la mayor felicidad posible repartida entre el mayor número, limitado por los derechos políticos que permiten configurar un régimen democrático representativo. Sólo desde esta perspectiva se puede comprender una decisión estatal (y supraestatal) que, en la medida que se llegue a ella por vías democráticas, se imponga tanto a la voluntad individual o de los colectivos de víctimas guiada por la consigna “ni perdón ni olvido” como a la voluntad de quienes operan en los tribunales (locales o internacionales) bajo el eslogan de “no a la impunidad”.

Pero en un mundo donde el rol del Estado es subsidiario, si se declara que existe un derecho individual al castigo de los culpables de ciertos delitos (o de todos ellos, pues, ¿quién dijo que un homicidio común no es un atentado contra el sagrado derecho a la vida?), el Estado pasa a operar sencillamente como un árbitro entre ese derecho y los de los justiciables a un proceso con todas las garantías legales.

Luego, cuando se aprecie que tales derechos individuales sean incompatibles, porque, por ejemplo, se ha llevado adelante un proceso en la forma legal absolviendo a los presuntos culpables contra la petición contraria de las víctimas y sus organizaciones, el derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho deberá “arbitrarse” frente al derecho a las víctimas al castigo. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tales casos, el Estado y sus tribunales, los árbitros en este conflicto de derechos incompatibles, deben recurrir a la técnica de la ponderación y decidir que el derecho de las víctimas pesa más que el de los supuestos culpables, y por lo tanto, en el caso concreto que se “arbitra”, puede y debe volverse a juzgar por los mismos hechos a los presuntos culpables tantas veces como sea necesario para obtener su castigo.

O, dicho en otras palabras, ¡el idealismo ha triunfado!, al menos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros foros internacionales.

En efecto, como diría Kant, “cuando la justicia perece, entonces ya no tiene más valor la vida la vida del hombre sobre la tierra”.⁵ Y así las cosas, antes que preocuparnos de la alimentación, salud y vivienda del pueblo, debemos preocuparnos de hacer justicia.

Pero esa *justicia kantiana* no tiene límites, a pesar de lo que dicen sus defensores actuales, como Hassemer, para quien se debe rechazar la idea de identificar los

5 I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), Akademische Ausgabe, t. VI, p. 332, en <http://www.korpora.org/kant/aa06/332.html>. En adelante, todas las páginas citadas se pueden buscar reemplazando el último número de la dirección de internet

planteamientos de Kant únicamente con su “aparente” “rigorismo”; y al contrario, se debe afirmar que ella muestra la “preocupación por la dignidad humana del condenado”⁶.

En efecto, la justicia kantiana es *talional* y no se encuentra limitada por el principio de legalidad, un invento utilitarista (de los revolucionarios franceses y Beccaria) para hacer predecible la actividad estatal, entendida como instrumento de la felicidad social y no como la quiere Kant, que la entiende como un instrumento de la justicia, obligada, por un imperativo categórico, al castigo del culpable por el hecho injusto en sí mismo, sin otra consideración.

Claro que se cuida Kant de no darnos muchos ejemplos de lo que es justo en sí mismo, salvo dar muerte al homicida bajo la regla “ojo por ojo, diente por diente”, según el Talión, pues “no existe ningún otro subrogado para la satisfacción de la justicia”⁷.

Porque, ¿cómo lo justo podrá limitarse por un pacto social, un mero acuerdo de voluntades? ¿qué es ese alegato sino, en palabras de Kant, “sentimentalismo y afectada humanidad”, “sofistiquería y torticería del derecho”, frente al imperativo categórico que ordena la imposición de penas justas y merecidas⁸?

Estas ideas están presentes hoy más que nunca en la mentalidad de quienes rechazan la posibilidad de enfrentarse a tomar decisiones que tomen en cuenta los costos alternativos de las mismas: un preso cuesta alrededor de US \$1.000.- mensuales⁹, casi tres veces el sueldo mínimo y más de cinco veces la subvención escolar. Y ello, sin contar los ingentes gastos procesales (jueces, fiscales, defensores, policías, aparato burocrático, edificios, entre otros.). Pero como se trata de *hacer justicia*, que es necesario y moralmente valioso, creemos que, además, es *gratis*.

Como ya he señalado anteriormente, en verdad, hoy en día podemos constatar que la “despedida en Kant y Hegel” anunciada en 1968 por Klug, al valorar el Proyecto Alternativo de los Profesores de Derecho Penal, que declaraba la pena una “amarga necesidad” en el mundo real, no vinculada a pretensiones metafísicas, como una despedida “en falso”¹⁰.

6 W. HASSEMER, “Vorbemerkungen zu § 1”, en U. NEUMANN; I. PUPPE; W. SCHILD, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3ª ed., Baden-Baden, 1995, pp. 1-139, p. 118.

7 I. KANT, *Metaphysik*, cit., p. 333.

8 I. KANT, *Metaphysik*, cit., p. 335.

9 Diario La Tercera, Sábado 20 de agosto de 2011, en <http://diario.latercera.com/2011/08/20/01/contenido/pais/31-80780-9-revelan-que-mantener-un-presos-cuesta-hasta--550-mil-mensuales.shtml>.

10 JEAN PIERRE MATUS, *La transformación de la teoría del delito en el derecho penal internacional*, Barcelona, Atelier, 2008, p. 69. Según U. KLUG, “Abschied von Kant und Hegel”, en J. BAUMANN, *Programm für*

Y ello, a pesar de que las pretensiones de “justicia” o “necesidad” para el “restablecimiento del derecho” de la imposición de una pena, o el supuesto carácter de “imperativo categórico” del derecho penal, han sido consistentemente rechazadas no sólo por la filosofía alemana no idealista posterior al siglo XVIII, como puede verse en Schopenhauer¹¹ y Nietzsche,¹² sino también, incluso por otros pensadores idealistas, como Platón, quien quizás pueda estimarse como el filósofo idealista por excelencia, lo que no le impedía proponer aplicar castigos únicamente porque se habría cometido un delito como una forma de actuar “irracional”, pues

(...) nadie castiga a los injustos con la atención puesta en, o a causa de, que cometieron injusticias, a menos que se venga irracionalmente como una bestia. El que se pone a castigar con la razón aplica el castigo, no por la injusticia pasada, pues no conseguiría que lo que fue dejase de ser, sino pensando en el futuro, para que ni él ni quien ve su castigo vuelvan a cometer injusticias¹³.

ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, Frankfurt a. M., Fischer, 1960, pp. 36-41, pp. 39 y 40, para quien las teorías penales de estos filósofos idealistas no estarían en ningún caso probadas por ellos y sus seguidores, “sino simplemente proclamadas”, esto es, ellas no se constituirían como un “conocimiento” (“*Erkenntnis*”), sino como una “proclamación” o “artículo de fe” (“*Bekanntnis*”). En el caso del planteamiento de Kant, afirma Klug que no existiría un argumento para negar la “justicia” de una pena útil en vez de una puramente retributiva, y que el “imperativo categórico” no sería más que un concepto vacío, “pues la pregunta, a qué clase de ley general debiera referirse, permanece abierta”, y “podría valer, en todo caso, incluso en una padilla de Gangsters”, por lo que, siendo “un principio vacío”, de él “no se puede extraer ningún contenido, no se puede deducir el principio de retribución”. Y con respecto del pensamiento de Hegel, el argumento de que la pena es la negación del delito puede calificarse, según Klug, de “psuedo-lógico”, pues en ningún modo resulta lógicamente obligatorio, ya que bien puede decirse lógicamente que la “violencia es aumentada por la violencia”, o que “la violencia es anulada por la no-violencia”, al mismo tiempo que la frase que afirma que la pena es “la negación de la negación” del Derecho por el delito no sería más que “una metáfora, y más encima, confusa”, esto es, sólo “una estructura del habla y no de los hechos objetivos”.

- 11 Según A. SCHOPENHAUER, “Die Welt als Wille und Vorstellung. Viertes Buch. Bejahung und Verneinung des Willens. § 62”. En del mismo, *Sämtliche Werke*, Frankfurt a. M., Cotta, 1960, la ley positiva, basada en el contrato social, “para evitar el delito, le prescribe una pena, cuya amenaza debiera operar como contramotivo de todos los otros motivos que llevan al delito” (p. 475). Esta finalidad “hacia el futuro” es lo que “diferencia la pena de la venganza” (p. 476). Por ello, resulta “infundado” el planteamiento de Kant, a pesar de la “vacía palabrería” con que se adorna cuando se reproduce en los “escritos de los profesores de derecho” (p. 476), pues “retribuir el mal con otro mal sin ulterior finalidad no es moral ni tiene ningún fundamento racional para su justificación, y poner al *ius talionis* [derecho a la retribución] como principio final y autosuficiente del derecho penal, carece de sentido” (p. 475), agregando que este rechazo de la pena como venganza y su reemplazo por una pena con finalidad útil no es una novedad, sino que así ha sido planteado tanto por penalistas de su tiempo, como Feuerbach, como por otros filósofos modernos, Puffendorf y Hobbes, por ejemplo, y antiguos, como Platón y Séneca (*Ira*, I, XIX, 7) de quien cita la frase “*nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*” (p. 477s.).
- 12 Ver, al respecto J. BUNG, “Nietzsche über Strafe”, en *ZStW* 119 (2007), pp. 120-136, donde se resumen las tesis nietzschianas sobre el origen de la pena y la culpa, su crítica a las teorías clásicas de la pena, su decidido abolicionismo y la forma cómo imagina una sociedad libre del derecho penal.
- 13 PLATÓN, *Protágoras*, 324a. El carácter vengativo e irracional de la pena como simple “retribución” sin mira a la utilidad pública, también es destacado por Tucídides en su relato sobre la pena que debían

Luego, el gran triunfo de las ideas kantianas es haber transformado la venganza y la simple retribución ciega en la *La Justicia* y de allí en un derecho humano y como, sin justicia no tiene sentido la vida del hombre sobre la tierra, preeminente sobre el resto de los intereses sociales, incluida la paz social en un territorio determinado, ya que para una justicia absoluta, la paz social que algunos pueblos acuerden democráticamente no puede contradecir los derechos absolutos y universales y si el derecho al castigo de los culpables de ciertos delitos es uno de ellos, entonces no hay acuerdo social que pueda invocarse en su contra.

Así las cosas, de lo que nos estamos despidiendo desde fines del siglo pasado no es de Kant y de Hegel, sino del Estado nacional soberano, de la democracia deliberativa y del principio de legalidad y las garantías para los justiciables en los delitos cuyo castigo se considere un derecho humano universal y absoluto.

Bibliografía

- BUNG, J., "Nietzsche über Strafe", en *ZStW* 119 (2007), pp. 120-136.
- HASSEMER, W., "Vorbemerkungen zy § 1", en NEUMANN, U.; PUPPE, I.; SCHILD, W., *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3ª ed., Baden-Baden, 1995, pp. 1-139
- KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten* (1797), Akademische Ausgabe, t. VI, en <http://www.korpora.org/kant/aa06>.
- KLUG, U. "Abschied von Kant und Hegel", en BAUMANN, J., *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, Frankfurt a. M., Fischer, 1960, pp. 36-41.
- MALARINO, EXEQUIEL, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 25 a 62.
- MATUS, JEAN PIERRE, "Informe sobre la ejecución de la sentencia en el caso Almonacid presentado a la Cámara de Diputados", en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 12 N° 2 (2006), pp. 385-396.

imponer los atenienses a los sublevados en Mitilene, donde Cleón, demagogo de personalidad vengativa y ambiciosa, alega en favor de la muerte de todos los mitilenos adultos y la venta en esclavitud de los niños como castigo, como castigo "proporcional" a su insurrección (sobre el texto de Tucídides y las teorías de las penas, ver U. SCHMILL, "El debate sobre Mitilene. Una interpretación", *Doxa*, 4 (1987), pp. 203-245. Nótese que esta vinculación entre la pena de muerte como castigo proporcional a la "sublevación" es muy coincidente con el rechazo absoluto a toda rebelión de Kant y su tesis de que la pena de muerte es "lo menos" que debe imponerse al "menor intento" de matar al soberano, aún cuando éste fuese un tirano (I. KANT, *Metaphysik*, cit., p. 320).

MATUS, JEAN PIERRE, *La transformación de la teoría del delito en el derecho penal internacional*, Barcelona, Atelier, 2008, p. 69.

PASTOR, DANIEL, "El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional", en Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez: *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Ed. Edisofer/B. de F., Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2006, t. 2, págs. 475-522.

PLATÓN, *Protágoras*.

SCHMILL, U., "El debate sobre Mitilene. Una interpretación", *Doxa*, 4 (1987), pp. 203-245.

SCHOPENHAUER, A., "Die Welt als Wille und Vorstellung. Viertes Buch. Bejahung und Verneigung des Willenes. § 62". En del mismo, *Sämtliche Werke*, Frankfurt a. M., Cotta, 1960

SÉNECA, *Ira*.